

CHRISTIANO DE LARA PAMPLONA

ABORDAGEM JURÍDICA DO SISTEMA DE FRANCHISING

**Curitiba
Outubro 2002**

CHRISTIANO DE LARA PAMPLONA

ABORDAGEM JURÍDICA DO SISTEMA DE FRANCHISING

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito à obtenção do grau de Bacharelado

Orientador: Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco

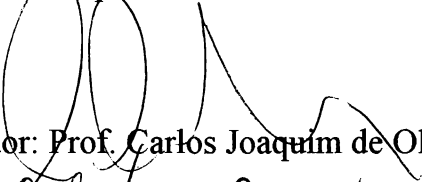
**Curitiba
Outubro 2002**

TERMO DE APROVAÇÃO


CHRISTIANO DEL. PAMPLONA

ABORDAGEM JURÍDICA DO SISTEMA DE FRANCHISING

Monografia aprovada como requisito para a obtenção do grau de Bacharelado, no curso de graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:



Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco



Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto



Prof. Carlos Eduardo M. Hapner

Curitiba, 27 de novembro de 2002.

TERMO DE APROVAÇÃO

CHRISTIANO DE LARA PAMPLONA

ABORDAGEM JURÍDICA DO SISTEMA DE FRANCHISING

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Profº Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Setor de Ciências Jurídicas

Profº Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Setor de Ciências Jurídicas

Profº Carlos Eduardo M. Hapner
Setor de Ciências Jurídicas

Profº Edson Isfer
Setor de Ciências Jurídicas

Profº Márcia Carla Pereira Ribeiro
Setor de Ciências Jurídicas

Curitiba, 06 de outubro de 2002

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| TERMO DE APROVAÇÃO | iii |
| SUMÁRIO | iv |
| AGRADECIMENTOS | v |
| RESUMO | vi |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1. O SISTEMA DE FRANCHISING | 3 |
| 1.1. ASPECTOS INICIAIS | 3 |
| 1.2. CONTRATO DE FRANCHISING | 8 |
| 2. PROBLEMÁTICA JURÍDICA | 18 |
| 2.1. ASPECTOS JURÍDICOS E DISCIPLINARES | 18 |
| 2.2. SITUAÇÕES LITIGIOSAS | 28 |
| CONCLUSÃO | 40 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 42 |

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela capacidade e perseverança para realizar este trabalho.

À minha família que sempre me apoiou.

A meu orientador pela inspiração na escolha do tema.

RESUMO

A franquia surgiu da tendência da expansão dos negócios vitoriosos, por seus detentores e por aqueles que querem iniciar uma atividade mercantil com lastro em grandes realizações daqueles. Sua origem se deu nos EUA que, hoje, é o país com maior número de redes. Isso se iniciou através dos irmãos McDonald's. No Brasil, que atualmente é um dos maiores países em termos de franchising, temos muitas redes implantadas e o sistema vem se desenvolvendo constantemente. O franchising pode ser conceituado como um sistema pelo qual uma empresa, detentora de uma marca notória e atividade vitoriosa permite a uma pessoa física ou jurídica, utilizar, por meio de cessão, autorização e licenciamento, sua marca, insígnia, título de estabelecimento, *know-how*, patentes, métodos, prestando-lhe assistência técnica permanente, mediante um contrato mercantil celebrado e o pagamento de uma taxa inicial (taxa de franquia), bem como *royalties*. Sua existência válida, portanto, se dá com a celebração do referido contrato cuja natureza jurídica é híbrida. Como instrumento do *disclosure*, isto é, revelação total e sincera dos dados empresariais no sistema de franquias empresariais, temos a Circular de Oferta de Franquia, que consolida a responsabilidade pré-contratual. Da relação de franchising surgem diversos aspectos jurídicos, tais como: a legislação, que se constitui em lei específica (8.955/94), e os Código Comercial e Civil, bem como leis extravagantes; a questão dos conflitos extrajudiciais entre franqueador e franqueado, cujas medidas preventivas são, por exemplo, boa comunicação entre os participantes e boa assistência por parte do franqueador; o registro dos contratos de franchising no INPI, sem o qual não é possível o envio dos *royalties* a franqueadores estrangeiros; a Internet e a Intranet como instrumento indispensável na redução de custos, melhoria na comunicação entre franqueador e franqueado e dos franqueados entre si, no atendimento ao consumidor e na divulgação. Há também possibilidade de surgimento de diversas questões litigiosas, entre as quais: trabalhistas, ou seja, há quem entenda haver relação de emprego entre franqueador e franqueado, devido a relação de subordinação aparentemente existente, o que leva, igualmente, à questão do controle externo do franqueado, já que o franqueador exerce um certo controle em relação ao franqueado, que pode tornar-se nocivo, vindo a prejudicar terceiros, donde surge a responsabilidade do franqueador, mesmo por atos praticados pelo franqueado. No campo tributário questiona-se a dedutibilidade dos *royalties* como despesas operacionais, bem como a cobrança de ISS em relação a atividade do franqueador. O Direito Falimentar pode levar a diversas situações, tais como: insolvabilidade do franqueador ou do franqueado e insolvência dos mesmos. Por fim, a arbitragem que, embora relegada pela maioria dos litigantes nos mais diversos ramos do Direito, vem sendo recomendada no franchising, tendo sido eleita, geralmente, a Comissão de Ética da ABF como árbitro. Conclui-se que, com a globalização e internacionalização da economia, as empresas tendem a utilizar o franchising, tornando-se inevitável não se pensar em sua expansão e no papel que os operadores do Direito irão desempenhar.

INTRODUÇÃO

A franquia empresarial é hoje no Brasil e no mundo uma realidade incontestável e florescente. Com a globalização e a internacionalização dos mercados, as empresas passaram a ter acesso a qualquer lugar do mundo. Em vista disto, elas estão buscando novas formas de expansão para seus negócios. Para alcançar seus objetivos, as empresas estão utilizando as redes de distribuição de produtos e serviços.

Desta forma, os sistemas de distribuição de produtos e serviços passam a ter uma grande importância no mundo dos negócios. *Franchising*, como sabemos é o sistema de distribuição mais bem concebido até hoje, em que os direitos de uso da marca e da tecnologia de uma empresa são cedidos contratualmente a terceiros, mediante determinadas condições. Tal sistema consiste em uma estratégia para a distribuição e comercialização de produtos e serviços e constitui uma das mais promissoras formas de parceria empresarial, onde são compartilhados as experiências e os riscos entre o franqueador e o franqueado. O *Franchising* surgiu da tendência, hoje em grande voga no mundo todo, da expansão dos negócios vitoriosos, por seus detentores e por aqueles que querem iniciar uma atividade mercantil com lastro em grandes realizações daqueles. Com um certo capital disponível, o franqueado pode obter pelo contrato toda a experiência pregressa de uma grande loja, fábrica ou serviço, e isto é interessante para ambas as partes. Ao franqueador por expandir seus negócios sem nenhum vínculo, a não ser as exigências inerentes ao próprio negócio, e ao franqueado por iniciar uma atividade já vitoriosa.

Por outro lado, como opina ROBERTO CINTRA LEITE¹, o franchising vem sendo utilizado como mecanismo de aproveitamento de mão-de-obra e ajuste de economias centralizadas, em países cuja instabilidade sócio-política obrigou a privatização de empresas estatais ou nos casos em que crises econômicas exigiram enxugamento dos recursos humanos nos empreendimentos privados. A disponibilidade de grande contingente de mão-de-obra, que o mercado não consegue absorver de imediato, acaba levando à maior utilização deste sistema.

Portanto, tratando-se o *Franchising* de um sistema mercantil extremamente difundido atualmente, embora advenha de uma espécie contratual relativamente nova, o tema é

importante, sob o ponto de vista jurídico, pois há uma infinidade de aspectos que a jurisprudência e doutrina ainda não esgotaram, inclusive polêmicos, e que o autor pretende abordar no presente trabalho.

Nesta obra, procuraremos trazer noções introdutórias sobre o sistema de *Franchising*, passando pelos seus antecedentes históricos, conceito e natureza jurídica, bem como abordaremos seus principais requisitos, entre os quais, o *disclosure*.

Em seguida, trataremos do contrato de *franchising* em si e seus principais aspectos jurídicos: registro das marcas e patentes, internet, sistema internacional de *franchising*, globalização, etc.

Por fim, comentaremos as principais controvérsias diante da problemática jurídica que podem vir a surgir no sistema de *franchising*, nos mais variados ramos do direito, tais como: direito falimentar, responsabilidade do franqueador por atos do franqueado, aspectos tributários, trabalhistas, etc., sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

Esperamos, enfim, que esta obra, embora não tenha o compromisso de, necessariamente, trazer uma perspectiva finalista e conclusiva, seja de grande utilidade para os acadêmicos e operadores jurídicos, bem como, para os empreendedores que desejem adotar o sistema de *franchising* para expandir seus negócios (franqueadores) ou iniciar uma atividade mercantil com o *know-how* e experiência de uma empresa de sucesso.

¹ Franchising na Criação de Novos Negócios. Pg. 18

1 – O SISTEMA DE FRANCHISING

1.1 – ASPECTOS INICIAIS

1.1.1 - Breve Histórico

O sistema de franchising teve seu auge logo após a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, há quem atribua as origens mais remotas do Franchising às expedições marítimas, em que os diversos reinos se lançavam ao mar a procura de novas terras e riquezas. Naquele tempo, os reis (franqueadores) “franqueavam” navios (estabelecimento) para que, em nome do reino, os navegadores (franqueados) buscassem novas terras, novos produtos e, por fim, riquezas (lucro).

Outra forma semelhante a franquia, consistia na autorização da Igreja Católica para que os Senhores Feudais, agindo em seu nome, cobrassem e coletassem impostos, ficando com uma parte do valor coletado como forma de remuneração e enviando o restante à Igreja.

Esta outorga de direitos e privilégios, de certa forma podem ser considerados como um sistema rudimentar de franchising, embora longe de ser como é a franquia que hoje praticamos.

As franquias semelhantes as redes de franquia atuais, iniciaram-se por volta de 1863, quando a empresa Singer, nos Estados Unidos, buscou ampliar sua participação no mercado a nível de varejo, utilizando poucos recursos. Para isso, concedeu franquia a comerciantes independentes, para que eles usassem a sua marca e comercializassem os seus produtos. Com a utilização deste sistema, a Singer ficou conhecida em todo território americano.

Em 1898, a General Motors adotou o sistema para expandir sua rede distribuidora e desta forma aumentaram as vendas dos veículos de sua fabricação. A Coca-Cola, em 1899, concedeu franquias para o engarrafamento de seus refrigerantes.

1.1.2 - Franchising No Brasil

No Brasil, o franchising teve um impulso nunca antes visto em 1986, com o Plano Cruzado. Hoje, o sistema possui cerca de 580 empresas franqueadoras e 44.000 franqueados,

divididas em 14 ramos de negócios, com um faturamento anual na faixa de 21 bilhões². Atualmente o Brasil é um dos maiores países franqueadores do Mundo.

Como exemplos de franqueadoras pioneiras no Brasil podemos citar a Yázigi em que, um dos sócios, em 1960, transferiu a participação que detinha sobre as escolas da rede ao outro sócio, e se tornou um franqueado; o Fisk, também na área de escolas; O Boticário, que começou a utilizar o sistema em 1979, na área de produtos naturais e a Ellus, na área de confecções. Aliás, as áreas que tiveram maior crescimento no início da implantação do Franchising no Brasil foram a de confecções e a de produtos naturais. A seguir, vieram as áreas de locação de veículos (a maioria estrangeiras) e de alimentação. No final da década de 80, ocorreu uma verdadeira explosão do franchising, entrando o sistema em quase todos os ramos de atividade.

Um dos maiores sucesso dos últimos tempos do franchising no Brasil foi a franquia dos Correios, ao mesmo tempo um exemplo de privatização e terceirização. Entretanto, os 1.536 franqueados da empresa pública estão assustados. Seus contratos de franquia, assinados há uma década, vencem em dezembro de 2.002 e a franqueadora já anunciou que em 2003, pretende adotar um novo sistema, o de concessão de serviços públicos, mas por meio de *Corners*, que, segundo Hosando Pereira de Souza³, Presidente da Federação Brasileira dos Franqueados da ECT, limitam o faturamento a R\$ 20.000,00 e não oferecem todos os serviços que o consumidor estava acostumado a encontrar.

1.1.3 – Conceito e Etimologia do Franchising

Antes de conceituar a própria franquia, há elementos essenciais ao sistema, que merecem nossa atenção. Nesse passo, vamos a sua conceituação.

Empresa franqueadora é a pessoa jurídica que autoriza terceiros (empresas franqueadas) a fazer uso de sua marca e também de sua experiência, seu conhecimento e outras experiências que desenvolveu, de modo que essas empresas franqueadas possam implantar, operar e administrar seus próprios negócios, nos quais deverão comercializar os produtos ou serviços autorizados pela empresa franqueadora.

² DEMARCHI, Célia. Fuja das Armadilhas das Franquias. In: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios. São Paulo: Editora Globo, N.º 161, ano XIV, p. 67, 2002.

³ SIMÕES, Kátia. Ansiedade nos Correios. In: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios. São Paulo: Editora Globo, N.º 161, ano XIV, p. 76, 2002.

Empresa franqueada é a pessoa jurídica a qual é outorgado o direito de uso e exploração do conceito de negócio e demais direitos concernentes a uma determinada franquia empresarial.

Prestador de serviço do sistema de franquia é a pessoa física ou jurídica que, sem vínculo empregatício com a empresa franqueadora ou com a empresa franqueada presta serviços relacionados ao franchising.

Master franquia ocorre quando a empresa franqueadora autoriza a empresa franqueada a repassar a marca e/ou método de trabalho para ampliar a rede numa determinada região, tanto em território nacional quanto em internacional, por meio de sub-franqueadas.

Contrato de franquia é o documento que formaliza o relacionamento e define os direitos e deveres da empresa franqueadora e da empresa franqueada.

Franquia de negócio formatado é o tipo de franquia em que a empresa franqueadora coloca à disposição da empresa franqueada não apenas sua marca e o acesso a determinados produtos, mas todo um pacote de informações sobre a implantação, a operação e a administração do negócio que o mesmo pretende iniciar.

Estabelecidas estas noções preliminares podemos voltar nossos olhos à etimologia e ao conceito do franchising, concebido pelos mais ilustres doutrinadores.

O vocábulo *franchising* significa, genericamente, o sistema no qual os agentes econômicos atuam. Em sentido estrito, retrata o instituto jurídico, hoje perfeitamente definido e caracterizado. *Franchise*, como verbo, denota o ato de conceder o direito ou o conjunto de direitos respectivos.

LUIZ FELIZARDO BARROSO, contemplando os principais elementos elencados por juristas de renome, como Caio Mário, Fran Martins e Orlando Gomes e pela Lei nº 8.955/94, define que “franquia empresarial consiste em uma autorização para o uso de nome e marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, como prestação de determinadas condições, conservando essa última sua individualidade jurídica sem, contudo, manter individualização mercadológica própria (que é do franqueador).”⁴

⁴ Franchising e Direito. Pg. 39

CINTRA LEITE nos diz que “o *Business Format Franchising* é o sistema pelo qual o franqueador transfere as técnicas industriais ou métodos de Administração e Comercialização anteriormente desenvolvidos por ele, cedendo ao franqueado a marca e um conjunto de direitos de propriedade incorpórea, para este operar sob sua supervisão e assessoria técnica na fabricação ou vendas de seus produtos ou serviços, em troca de uma compensação financeira firmada em acordo através de um instrumento de contrato.”⁵

Nesta esteira, vamos continuar a verificar a construção dogmática, apresentando o posicionamento de alguns doutrinadores pátrios e o conceito oficial definido na lei de franquias.

WALDIRIO BULGARELLI: “trata-se de figura contratual, atípica, decorrente das novas técnicas negociais, no campo da distribuição e venda de bens e serviços.”⁶

FRAN MARTINS: “O contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionadas. A prestação de serviços é feita pelo franqueador ao franqueado, possibilitando a esse a venda de produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é tarefa do franqueado, que se caracteriza na comercialização do produto. Os dois contratos agem conjuntamente, donde ser a junção de suas normas que dá ao contrato a característica de franquia.”⁷

NELSON ABRAÃO: “Um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionando em nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre os volumes dos negócios franqueados.”⁸

ORLANDO GOMES: “Com o vocábulo franchising, designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica para sua comercialização, recebendo em troca determinada remuneração. É um contrato que se aproxima da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento de prestação de serviços. Não é, outrossim, locação nem mandato, mas figura autônoma, híbrida.”⁹

⁵ Franchising na Criação de Novos Negócios. Pg. 37

⁶ Contratos Mercantis. Pg. 484, in SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais.

⁷ Contratos e Obrigações Comerciais. Pg. 567

⁸ Da Franquia Comercial. Pg. 10, in SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais.

⁹ Contratos. Pg. 528

MODESTO CARVALHOSA: “Contrato de distribuição de bens com uma determinada marca, ou de realização de serviços específicos, padronizados por um comerciante, independente que adota como nome de seu estabelecimento o do franqueador, ou que omite para o público o seu nome comercial operando mercadologicamente (e não juridicamente) apenas com a marca do produto franqueado.”¹⁰

Lei 8.955/94: “Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Influenciado por estes diversos conceitos, podemos afirmar que franchising, ou *Business Format Franchising*, é um sistema pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma marca notória e atividade mercantil vitoriosa (franqueador) permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueado), por tempo e área territorial determinados e exclusivos, utilizar, por meio de cessão, autorização e licenciamento, sua marca, insígnia, título de estabelecimento, *know-how*, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente, tudo isso com o fim de distribuir seus produtos e serviços, mediante um contrato mercantil celebrado e o pagamento de uma taxa inicial (taxa de franquia) e porcentagem mensal sobre o faturamento (*royalties*).

¹⁰ O Contrato de Franchising. Exposição feita em Seminário Nacional sobre Contratos, realizados pela Fundação Dom Cabral, Belo Horizonte, em 29/07/78, p. 218 da apostila, in SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais.

1.2 – CONTRATO DE FRANCHISING

1.2.1 – Pré-contrato

Nossa legislação estabeleceu três fases distintas na contratação de uma franquia. A primeira é chamada de fase pré-contratual. Nela são firmados os primeiros contatos entre o franqueador e o franqueado em potencial, sendo obrigatório àquele o envio da citada Circular de Oferta de Franquia, onde devem ser estabelecidas claramente as regras sobre as quais se assentará a pretendida relação.

Na sequência, temos o pré-contrato no qual é iniciada a operação de franquia. Trata-se de uma contratação preliminar com tempo limitado, pela qual os contratantes fixam período de implantação da franquia definitiva, de forma que ambas as partes possam ao final daquele período de experiência aquilatar se o negócio é ou não vantajoso. Desta forma, este contrato difere do contrato final de franchising tão somente por determinar um período recíproco de testes, mas deve esmiuçar todas as regras da relação comercial iniciada.

A terceira fase viria com a assinatura do contrato de franquia propriamente dito, para o qual deve ser obedecido o regramento do art. 6º, da Lei 8.955/94.

1.2.2 - Características

O instrumento que rege as relações jurídicas entre o franqueador e o franqueado é, por excelência, o contrato. Este contrato de Franchising é, na verdade, um contrato por adesão, com cláusulas gerais, uniformes, abstratas e imutáveis, às quais o franqueado adere ou não, ao assiná-lo. A própria jurisprudência atesta essa característica, como neste acórdão do TJ-PR, senão vejamos:

“... III- A respeitável sentença recorrida bem analisou o contrato. Trata-se de um pacto por adesão, com as características que lhe são típicas e bastante conhecidas, uma das partes determinando o seu conteúdo, no caso, o franqueador. Vale pois, na sua interpretação, não só essa característica, como também a natureza do negócio, no qual o franqueador, ao mesmo tempo em que concede a licença para explorar seu negócio, se propõe a transmitir ao franqueado o modo como instalar e operar as atividades, fornecendo produtos ou bens ...”(Ap.Cível.Nº15.213, 19/05/99, 4ª Câmara Cível – TJ-PR Relator Troiano Neto)

O projeto de lei n.º 318/91, do Deputado Magalhães Teixeira, que se transformou na Lei n.º 8.955/94, repousava em três grandes pilares: A Circular de Oferta de Franquia, a possibilidade de o franqueado passar a deduzir de seu imposto de renda, como despesa operacional, tudo o que houvesse pago a seu franqueador e a obrigatoriedade do contrato escrito.

O contrato de franquia é um contrato sinalagmático e comutativo. Sinalagmático por prever a reciprocidade na manifestação de ambas as partes para seu aperfeiçoamento; e, comutativo por preservar a equivalência de valores nas prestações recíprocas, sendo também, atípico e misto.

Ele é um misto de vários modelos de contratos, sendo, portanto, híbrido e inominado, utilizando-se, porém, dos elementos de contratos nominados e inominados (art. 6º, lei 8.955/94).

É também *intuitu personae*, sendo fator determinante as características do franqueado para sua eleição pelo franqueador, em que pese ser por adesão. É, igualmente, de duração continuada, ou de trato sucessivo, a despeito de poder ter prazo determinado.

1.2.3 – Natureza Jurídica

Do instituto em tela observa-se nítida aproximação com outros. Entretanto, o contrato de Franchising não se confunde com o de compra e venda, por exemplo. Não podemos esquecer que no Franchising, não se vende apenas a mercadoria, produto ou serviço, mas todo um negócio formatado dentro das características previstas no contrato.

Tão pouco se confunde o Franchising com a licença para exploração de marcas e patentes. Esta licença, segundo definição de JOÃO DA GAMA CERQUEIRA¹¹ “é o contrato pelo qual o concessionário da patente autoriza alguém a usar ou explorar a invenção, sem lhe transferir a propriedade. É um contrato especial, peculiar às patentes, que por sua natureza se assemelha à locação de coisas, a cujas regras se sujeita”. Pois bem, percebe-se no Franchising uma aproximação com este tipo de contrato na medida em que, conceitualmente, se licencia também um comerciante para que este se utilize da marca, expressão ou sinal de propaganda ou, até, de uma patente, mediante um rígido controle do licenceador (franqueador).

¹¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais. Pg. 37

Entretanto, no Franchising, além destas cessões e licenças, existe a comercialização de produtos, mercadorias ou serviços na forma especificada no contrato. Ademais, a sujeição do franqueado ao cabedal de normas técnicas, inerentes ao negócio, além da obrigação do franqueador de prestar assistência técnica ao franqueado, acaba por afastar os institutos em comento, que até a pouco eram muito próximos.

O artigo 140 do Código Comercial prevê a existência do mandato mercantil quando um comerciante confia a outro a gestão de um ou mais negócios mercantis. Assim, o agente comercial é um mandatário que trata com a clientela em nome do industrial ou comerciante.

Também não se confunde o Franchising com este instituto. O franqueado é senhor absoluto de seu negócio, comercializando e obrigando-se em nome próprio, sofrendo somente as restrições contratuais inerentes ao negócio formatado.

Dentre os institutos já estudados, a concessão comercial é o que mais se assemelha ao Franchising, havendo, inclusive, juristas de renome, como Rubens Requião, que não vislumbram diferenças entre tais institutos.

“O objeto da concessão comercial é a distribuição de produtos por outro comerciante, com a cláusula de exclusividade e sob a fiscalização do concedente.”¹² Assim, ambos os institutos, concessão comercial e franchising, funcionam como canais de distribuição.

Mas há sim, diferenças entre as duas modalidades de negócio. A primeira é que a franquia pode ter também por objeto a prestação de serviços e indústria, diferente da concessão que forma redes de simples vendas. E a segunda, e principal diferença, se percebe ao se analisar a franquia sob o ponto de vista do *Business Format Franchising* ou franquia de negócio formatado, em que o franqueado adquire um pacote de franchise e se obriga a agir no comércio nos moldes previstos pelo franqueador, ou seja, as lojas ou comércios franqueados não podem adquirir qualquer padrão externo visual ou de comercialização dos produtos ou serviços, mas sim, o padrão estabelecido para todos os demais componentes da rede, seguindo um projeto básico de formatação que visa à uniformização, para melhor identificação visual. Tal característica não é exigida do comerciante sujeito a concessão comercial. Assim, a marca do concedente não prepondera sobre a do concessionário, que comercializará sob a bandeira do concedente, mas com denominação de estabelecimento ou marcas próprias. Este fato possibilita que, em uma rede de concessionários, um comerciante autônomo desenvolva a

¹² Op. cit., pg. 41

divulgação de sua marca específica, concorrendo até entre seus próprios pares. Isto ocorre no setor automotivo em que as concessionárias fazem seus próprios anúncios.

No franchising, a uniformização da rede não permite que fatos como estes ocorram; pois, *a priori*, todos os participantes da rede, embora comerciantes independentes autônomos, não se utilizam de suas marcas próprias e nome ou denominação de estabelecimento, fazendo uso da marca cedida pelo franqueador.

Outro fator diferencial entre a concessão e o franchising, diz respeito à forma de pagamento. Na concessão comercial, os pagamentos básicos são fruto das percentagens sobre as vendas e/ou serviços prestados pelo concessionário. Já no franchising, existe a cobrança de uma taxa inicial de franquia (pagamento do fornecimento do pacote de franchising pelo franqueador) e pagamentos de royalties mensais sobre as vendas ou serviços prestados, além de outras taxas diversas a título de propaganda, fundo de auxílio aos componentes da rede, etc.

Constata-se, a partir destas comparações, que no que concerne a sua natureza jurídica, o franchising constitui-se figura distinta, formado por meio de um contrato bilateral híbrido, como menciona FRAN MARTINS.¹³

Resumindo, conclui-se que o “franchising é um contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços nos moldes e formas previstos em contrato de adesão.”¹⁴

1.2.4 - Pontos Básicos do Contrato de Franquia

Não há modelos universais de contrato que possam ser utilizados para todas as franquias, devendo ser redigido um contrato para cada hipótese concreta. Mas, há elementos básicos a serem seguidos, tais como: figura do franqueador, licenciamento da marca (em

¹³ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Pg. 373

¹⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais. Pg. 42

documento à parte ou no bojo do contrato), a figura do franqueado, e o franqueamento propriamente dito (seu objeto). São, ainda, elementos essenciais do contrato de franquia sua onerosidade e a transferência do *know-how* desenvolvido ou detido pelo franqueador; suas condições financeiras representadas pela retribuição pecuniária direta que faz o franqueado ao franqueador, por meio do pagamento de uma taxa para ingresso em seu sistema, pagamento das taxas contínuas ou royalties mensais, além das taxas de propaganda. A retribuição ou remuneração paga pelo franqueado pode, ainda, ser indireta e estar embutida na compra de instalações ou equipamentos, ou na própria mercadoria fabricada ou distribuída pelo franqueador. Como elemento essencial, temos, ainda, a territorialidade, elemento básico para a tranquilidade do sistema.

Outro elemento importante, são as condições dentro das quais se vai operar o treinamento do franqueado e seus funcionários.

As circunstâncias em que poderão ocorrer a cessão, ou a transmissão dos direitos decorrentes do contrato de franquia, sejam por ação *inter vivos*, ou *causa mortis* e as condições do exercício, nestes casos, do direito de preferência pelo franqueador deverão estar, igualmente, presentes no referido contrato.

Não devem ser esquecidas ainda as condições de utilização por parte do franqueado dos elementos identificadores do conceito do negócio do franqueador, como marcas, logotipos e outros símbolos.

Deve o contrato de franquia prever a recuperação pelo franqueador de todos os elementos corpóreos ou incorpóreos que lhe pertençam, em caso de cessação do contrato, antes de seu termo final.

Outra cláusula não obrigatória, mas que contribui eficazmente para o bom relacionamento entre franqueador e franqueado, é a indicação de fornecedores, exclusivos ou não, da cadeia de franquia e suas condições de pagamento, não obstante essa cláusula estar, via de regra, inserida na própria Circular de Oferta de Franquia, como veremos adiante.

Por fim, a cláusula indicativa do foro competente para dirimir qualquer controvérsia fecha o contrato de franquia.

1.2.5 – Pontos cruciais do contrato de franquia

“Fruto cristalizado das relações que o precederam, o contrato de franquia deve consagrar a transparência, a sinceridade, a lealdade e o respeito mútuo, que presidiram as relações iniciais entre franqueador e franqueado.”¹⁵

O contrato de franquia possui pontos cruciais, que são os seguintes: os direitos, as obrigações, as responsabilidades e os benefícios recíprocos que são proporcionados a ambas as partes. Assim, podem ser resumidos os direitos do franqueador em: selecionar seu franqueado dentro de um perfil por ele mesmo traçado; conservar o uso exclusivo da marca e dos sistemas operacionais, que tenha desenvolvido ou simplesmente detenha, e cedê-los a terceiros, sem exclusividade, a título precário e por tempo determinado; impor padronização do local, dos métodos de venda ou prestação de serviços; receber do novo franqueado a taxa de ingresso em seu sistema, as taxas contínuas ou royalties mensais, em forma de percentual sobre o movimento do franqueado, ou mesmo uma importância fixa, e um dízimo mensal do franqueado para manter a propaganda de todo o sistema.

Já ao franqueado cabe o direito e o privilégio ao uso de nome e de marca consagrados, beneficiando-se disso; direito à reserva de um território para o exercício de sua jurisdição de trabalho; direito à liberdade na administração dos fundos de seu negócio; direito ao uso de sua própria firma, como franqueado, e o de exigir do franqueador assistência permanente e técnico-operacional na gestão de seu negócio.

A esses direitos correspondem obrigações várias, como a de utilizar-se da marca cedida dentro de padrões técnicos que lhe são impostos; utilizar-se de produtos e serviços fornecidos pelo franqueador; praticar preços compatíveis, sugeridos pelo franqueador; manter sigilo absoluto sobre as informações técnicas e comerciais que lhe foram cedidas; manter seus funcionários em um nível de apresentação e de competência compatível com o sistema ao qual aderiu; contribuir para o fundo de propaganda e pagar, é claro, a taxa de integração na respectiva cadeia e os royalties mensais em percentual sobre seu faturamento.

São obrigações do franqueador, entre outras, prestar assessoramento ao franqueado na obtenção do ponto comercial, na instalação da loja ou equipamentos, na aquisição de

¹⁵ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. Pg. 64

materiais e na elaboração e execução do projeto arquitetônico; poderá, ainda, prestar assistência jurídica ao franqueado na assinatura do contrato de franquia, ou na formação da firma ou sociedade do franqueado, assistência contábil e técnico-operacional no desenvolvimento amplo do negócio e em um programa de divulgação, publicidade, *merchandising* da marca e do negócio em si.

1.2.6 - Fim da relação contratual

O fim da relação contratual entre franqueador e franqueado pode dar-se de maneira normal, ou seja, atendidos o fim, o objetivo ou o termo final, pela expiração do prazo convencionado, é o contrato findo, embora possa haver, e comumente há, cláusula prevendo a renovação do contrato. Mas a relação contratual pode terminar de modo anormal (dissolução), freqüentemente, pelas seguintes causas: resilição, resolução, ou rescisão (nulidades e anulabilidades).

A resilição se dá pela existência de cláusulas que dêem lugar à extinção da relação contratual por ato unilateral, mesmo sem justa causa. Assim, se por qualquer motivo o franqueado não mais tiver interesse em continuar o franchising, comunicará ao franqueador sua intenção de desfazer o negócio, sem a necessidade de justificar por que assim o faz.

A resolução, ruptura do vínculo contratual, também por iniciativa de uma das partes, pode ocorrer por **a)** condição resolutiva expressa, se estiver prevista no contrato (por exemplo, resolução se o franqueado deixar de pagar royalties por duas vezes consecutivas); ou **b)** condição resolutiva tácita, quando há inexecução faltosa, isto é, inadimplemento de uma das cláusulas do contrato (desrespeito ao território, por exemplo) ou execução imperfeita (descumprimento dos padrões estabelecidos pelo franqueador, por exemplo).

A resolução pode, igualmente, ocorrer por sentença judicial transitada em julgado.

A rescisão se dá diante da existência de nulidades relativas ou absolutas (falta de requisitos de validade). Um exemplo clássico de nulidade absoluta seria a celebração do contrato de franchising com um franqueado absolutamente incapaz. É como se o contrato nunca tivesse existido desde sua formação, pois a declaração de sua invalidade produz efeitos *ex tunc*. Por outro lado, no que tange a nulidade relativa ou anulabilidade, podemos imaginar

um contrato celebrado com agente relativamente incapaz, cuja anulabilidade gerará efeitos *ex nunc*.

1.2.7 – Cláusulas Penais e Abusivas

Com relação a cláusulas penais, de nada adianta a imposição de pesadas multas, por isso devem ser evitadas. Primeiro, porque, sendo incompatíveis com o próprio valor do contrato, a justiça tende a diminuí-las tornando-as harmônicas com a arrecadação do franqueado, na base de um percentual. Em segundo lugar, porque, o candidato a franqueado pode se sentir inseguro de ingressar na cadeia, ou seja, cláusulas penais excessivas podem causar a fuga dos franqueados em potencial.

Da mesma forma, se o contrato de franquia for leonino, o franqueado vai se sentir preso, sem liberdade para administrar seus próprios fundos, ou seja, será perdida a própria essência do franchising.

1.2.8 – Partes Integrantes do Contrato de Franquia

São partes integrantes do contrato de franquia os manuais de operação, administrativo, financeiro, arquitetônico, de *design* (uso da marca), e outros, como de treinamento, propaganda, etc.

Os manuais operacionais são importantes porque definem procedimentos, estabelecem padrões de comportamento e propagam a cultura da empresa. Sendo parte integrante do contrato, devem as obrigações instituídas por meio dos manuais ser coerentes com o que disser o respectivo contrato. Portanto, o contrato deve declarar solenemente, que os manuais são extensão desse mesmo contrato, ficando o franqueado obrigado a seu cumprimento. Assim, “os manuais servem para detalhar as obrigações contratualmente assumidas sem, contudo, perder a flexibilidade inerente à atividade empresarial.”¹⁶

¹⁶ BARROSO, Luiz Felizardo. Franchising e Direito. Pg. 75

1.2.9 – Circular de Oferta de Franquia e Responsabilidade Pré-Contratual

Segundo Luiz Felizardo Barroso¹⁷, no mercado de Capitais brasileiro, temos o prospecto, como instrumento do *disclosure*; já no mercado de Franquias, é a Circular de Oferta de Franquia que serve de meio de divulgação sincera, ampla e total dos dados empresariais. Na verdade, tanto uma forma de captação de poupanças públicas (mercado de capitais), como a outra (mercado de franquias), exigem que os respectivos sistemas estejam estruturados para proporcionar transparência aos negócios que estejam sendo realizados, e aos quais o poupador/investidor vai aderir, de modo a proporcionar-lhe uma tomada de decisão com base em um acesso amplo e equitativo às informações disponíveis.

Chama-se *disclosure*, como vimos, o princípio da revelação total e sincera dos dados empresariais no mercado de capitais e no de franquias empresariais. Para ser mais exato, é a clareza das regras do jogo. O *disclosure* parte do princípio de que o investidor, estando bem informado, estará bem protegido. Entretanto, há quem questione a suficiência deste instrumento, indagando se, para a massa dos investidores individuais, o *disclosure* não seria meramente uma falácia, pois entendem que ele se dirige essencialmente para os profissionais do mercado, para as instituições financeiras e para os investidores institucionais e muito menos ao homem do povo que, poupando, pretende aplicar seus recursos em ações. Não obstante vir recebendo essas críticas desde sua implementação (1933 – nos EUA), o *disclosure* ainda continua sendo o melhor instrumento à disposição do investidor e das autoridades para regulação do mercado.

O instrumento de *disclosure* do mercado de franquias é a Circular de Oferta de Franquia. Este documento contém, como veremos, pontos essenciais para o franqueado em potencial conhecer e avaliar o investimento a ser feito. A lei do franchising (Lei nº 8.955/94) impõe a feitura e exibição da Circular de Oferta de Franquia – para obrigar os franqueadores que operam no Brasil, a elevar seu nível de profissionalismo, reduzindo, assim, o número de investidores leigos e desavisados, que acabam comprando “gato por lebre”, por pura falta de informação.

¹⁷ Franchising e Direito. Pg. 47

Sempre que um empresário tiver interesse na implantação de um sistema de franquia, deverá fornecer ao interessado uma COF - Circular de Oferta de Franquia, em linguagem clara e acessível, contendo uma série de informações da maior relevância. E como a COF, a partir da referida lei, passou a ser um documento legal, além da obrigação do franqueador apresentá-la, ela deve conter cláusulas penais, que vão desde a devolução das quantias pagas pelos franqueados, às perdas e danos, mais anulabilidade do próprio contrato. Desse modo, será de todo conveniente que o empresário recorra a um profissional do Direito, quando estiver para preparar sua COF, bem como o próprio Contrato de Franquia.

Vejamos o entendimento jurisprudencial a respeito da obrigatoriedade da apresentação da COF e sua vinculação:

“A Lei n.º 8.955/94, ao disciplinar os contratos de franquias empresariais no Brasil, em seu art. 3º, exigiu do franqueador a elaboração da chamada Circular de Oferta de Franquia, especificando em seus quinze incisos as informações que obrigatoriamente deveriam dela constar com o fito de dar ciência ao interessado dos mais diversos aspectos da empresa e do negócio jurídico a ser entabulado. Assevera SÍLVIO DE SALVO VENOSA sobre a aludida Circular de Oferta de Franquia: Trata-se de típica obrigação pré-contratual com reflexos importantes no curso do contrato, pois dele fará parte integrante. Cuida-se de corolário do dever de boa-fé e informação que deve estar presente na relação mercantil. Face à complexidade do negócio de franquia e dos riscos e responsabilidades assumidas pelo franqueado, o legislador preferiu ser minudente. (Manual dos Contratos e Obrigações Unilaterais da Vontade, São Paulo, Ed. Atlas, 1997, pág. 398). O envio da Circular de Oferta de Franquia antecede a fase contratual, tem sua importância na medida em que consubstancia oportunidade de aclarar as regras sobre as quais poderá se assentar a futura relação, afirmando FÁBIO MILMAN: ...nesta fase, todos os ônus e riscos são do franqueador, que expõe uma radiografia de sua empresa, tendo a obrigação de mostrar, inclusive, seus pontos fracos o que não é bom, para aquele que pretende submeter o candidato franqueado a uma adesão irrestrita às condições de sua elaboração. Mais que isto: propicia ao candidato a franqueado contato com atuais e ex-franqueados, para verificação se foram, ou estão sendo cumpridas, as promessas e garantias ventiladas na Circular de Oferta. (Franchising: Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, pág. 72) Nosso voto é, pois, pelo conhecimento e provimento do apelo nos termos acima fixados.” (Acórdão n.º 4878/00; 6ª Câmara Cível, TJ-PR; Relator Anny Mary Cuss; Data 19/04/00)

Destarte, demonstra-se a importância da COF como instrumento pré-contratual de vinculação entre franqueador e franqueado, através de entendimento jurisprudencial, cuja decisão responsabiliza o franqueador pela má-execução da COF, e quebra do *disclosure*.

2 – PROBLEMÁTICA JURÍDICA

2.1- ASPECTOS JURÍDICOS E DISCIPLINARES

2.1.1 - Legislação Aplicável ao Franchising

Já dizia Hiering que “A espada sem a balança é a força bruta. A balança sem a espada é a impotência do direito.” Nesse sentido, a legalidade é imprescindível para regular os conflitos interpessoais.

Sendo mais um instituto jurídico, dos novos, que nos foram trazidos pela legislação estrangeira, como a alienação fiduciária, o factoring e o leasing, o franchising possui, hoje, uma legislação específica a regulá-lo no Brasil. Pode, porém, ser regido tanto pelo Código Civil como pelo Código Comercial e por número razoável de leis extravagantes aplicáveis, direta ou indiretamente, à espécie, como a lei antitruste, a lei que trata dos crimes contra a ordem econômica e os Códigos de Defesa e Proteção do Consumidor e da Propriedade Industrial. Outrossim, lembremos que, quando duas ou mais pessoas assinam um contrato, estão fazendo lei entre si (*in casu*, franqueador e franqueado), e esta lei passa a reger as partes no que não contrariem as leis maiores: a Constituição Federal, os Códigos, o diploma legal específico (lei 8.955/94) e os princípios de ordem pública. “Pode também ser recomendada, ou mesmo exigida, a observância do Código de Auto-regulamentação da Associação Brasileira de Franchising, por exemplo, mas é um sonho acreditar que contaremos com a observância deste Código por parte de quem esteja fora do respectivo sistema, ou seja, não seja membro da ABF,”¹⁸

¹⁸ BARROSO, Luiz Felizardo. Franchising e Direito. Pg. 85

2.1.2 – Conflitos Extrajudiciais entre Franqueador e Franqueado

Embora a relação entre franqueador e franqueado não se constitua por um vínculo de subordinação, o franqueador procura, além de um investidor que queira abrir seu próprio negócio e ser o seu próprio patrão, alguém que se adapte às ordens e ao controle, e deseje ser dirigido e orientado, para, afinal, ser recompensado financeira e pessoalmente. Lealdade, confiança, admiração e dedicação são esperados pelo franqueador que, ao mesmo tempo, deve responder a essas prerrogativas com um bom negócio, bom nível de serviços e relacionamento. As falhas ocorridas por um dos lados podem gerar hostilidade e desânimo e afetam o andamento dos negócios. A relação não deve ser mantida apenas pelas regras estipuladas em contratos e manuais, mas também na formação de uma atitude de mútua confiança e de objetivos comuns. O franqueador não deve ser meramente o detentor de marca e fornecedor de produtos ou *know-how* de serviços. Ele deve ser, na verdade, um parceiro do franqueado, prestando-lhe serviços, sendo um eterno consultor e companheiro, brigando junto pelo melhor desempenho de cada unidade. Em contrapartida, o franqueado não deve ser apenas mero receptor de produtos e regras, devendo estar atento às tendências do seu mercado e região e suprir o franqueador de informações, sugestões e críticas para melhora não só do seu negócio, mas de toda a rede.

Por isso, é imprescindível que, desde as primeiras reuniões entre o franqueador e o futuro franqueado, sejam esclarecidas todas as dúvidas e o franqueador exponha a gama de produtos e serviços que farão parte do sistema e suas restrições. O segredo do sucesso dessa relação é a transparência, isto é, mostrar todas as limitações e as deficiências em ambos os lados (*disclosure*).

Entretanto, mesmo com todas estas recomendações, legislação e o próprio contrato de franquia, há grande possibilidade de surgirem conflitos. “Os maiores focos de tensão entre franqueadores e franqueados”¹⁹ podem surgir por culpa de um ou de outro, ou de ambos. Do ponto de vista do franqueado existe uma ansiedade por certa independência em relação ao

¹⁹ Mauro, Paulo César. Pg. 61

franqueador. Nesse sentido, os principais focos de tensão por culpa dos franqueados são os seguintes:

- Não manutenção dos padrões exigidos pelo franqueador;
- Atraso ou não envio de informações solicitadas pelo franqueador;
- Atraso ou não-efetuação dos pagamentos contratuais;
- Gestão inadequada do negócio.

Quanto ao franqueador, existe uma tendência ao controle crescente sobre o franqueado, sendo os focos de tensão, oriundos de sua culpa, os seguintes:

- Abertura de unidades concorrentes próximas (invasão do território), ou desrespeito ao direito de preferência numa expansão ao franqueado mais antigo;
- Falta de supervisão e suporte ao franqueado;
- Perda de competitividade em seu negócio principal para a concorrência;
- Seleção desonesta dos franqueados, com promessas ou apresentação de dados irreais;
- Erro na aprovação do ponto comercial;
- Utilização indevida ou ineficaz do fundo de publicidade;
- Tratamento diferenciado entre os franqueados.

PAULO CÉSAR MAURO²⁰ apresenta medidas de prevenção, que devem partir do franqueador para evitar estes conflitos que podem, e freqüentemente chegam, a ser disputados no Judiciário. Essas medidas se baseiam em sinais de perigo e ações do franqueador para dissolver o problema.

Tais medidas de prevenção sugeridas, a serem praticadas pelo franqueador, são as seguintes:

- 1- Desenvolver programas de treinamento intensivo;
- 2- Gerenciar encontros regionais e nacionais entre os franqueados;
- 3- Desenvolver o Conselho Consultivo de franqueados e ouvir suas sugestões;
- 4- Implantar e coordenar os conselhos de publicidade;
- 5- Implantar excelente sistema de comunicação;
- 6- Supervisionar periodicamente os franqueados;
- 7-Evitar o prejuízo do franqueado, identificando falhas de administração e operação, buscando ajudá-lo a encontrar as soluções;

²⁰ Op. cit., pg. 63

- 8- Recomprar unidades-problema ou ajudar o franqueado a vender sua unidade;
- 9- Impor restrições de não-competição, por meio de acordos pelos quais os franqueados se comprometem a não continuar na mesma atividade após rescindido o contrato²¹;
- 10- Estabelecer prazo para renovação do contrato de franquia: o prazo contratual é uma forma de evitar-se o término conflitivo do mesmo; muitos franqueados, ao sentir que não querem mais manter a relação contratual, procuram quebrar algumas cláusulas, não pagando royalties ou buscando outros fornecedores, por exemplo, forçando assim a rescisão contratual. Barroso²², sugere que “se o contrato de franquia for por prazo indeterminado, deve constar, em uma de suas cláusulas, um prazo para que uma das partes possa pedir a rescisão”;
- 11- Desenvolver excelente suporte pré-operacional e de gestão;
- 12- Entender e se preparar para diferenças regionais.

Se não forem tomadas estas medidas preventivas por parte do franqueador, ocorrerão, certamente, incômodos e conflitos mais ou menos graves.

No Brasil, há quem entenda que as dificuldades entre franqueador e franqueado surgem num momento anterior à própria celebração do contrato. Apesar da grande expansão e de o instituto do franchising não ser tão novo por aqui, as redes brasileiras têm muito o que aprender. “A maioria dos franqueadores brasileiros não têm uma cultura empresarial sólida. Eles passaram a conceder franquias baseadas no sucesso de apenas uma unidade e, portanto, têm dificuldades para gerenciar uma rede”, avalia Paulo Ancona²³, diretor da Vecchi&Ancona Consulting. Além disso, afirma ele: “Na maior parte dos casos, o franqueado é alguém que

²¹ Embora estas medidas sejam indispensáveis para se evitar incômodos posteriores, há que se fazer crítica a esta medida consistente em impor restrições de não-competição, por meio de acordos pelos quais os franqueados se comprometem a não continuar na mesma atividade após rescindido o contrato. Há, inclusive, entendimento jurisprudencial entendendo ser abusiva esta prática, como podemos ver na seguinte ementa: “*decisão: acordam os desembargadores integrantes da quinta câmara cível do tribunal de justiça do estado do parana, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do desembargador relator. ementa: acao cominatoria - contrato de franquia - clausula que impede o franqueado, apos o termino do pacto, de exercer atividades concorrentes as franqueadas durante um periodo de 10 anos - clausula abusiva - incidencia do artigo 170, iv, e paragrafo unico da constituicao da republica e, por analogia, do artigo 51, iv, do codigo de defesa do consumidor. (Acórdão nº 160.95. TJ-PR - 5. câmara cível).*”

²² Op. cit., pg. 66

²³ DEMARCHI, Célia. Fuja das Armadilhas das Franquias. In: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios, pg. 66

2.1.4 - Internacionalização do Sistema de Franchising

O mundo é hoje, uma “aldeia global”. A televisão transmite imagens de guerras ao vivo e leva a cultura, os costumes e os produtos e serviços aos lares dos quatro cantos do mundo. Não só a televisão, mas também os demais meios de comunicação, bem como os contatos pessoais e o turismo, além de outras atividades, levam a uma aproximação entre os povos e apresentam ao consumidor o que há de mais moderno e melhor no mundo inteiro. De uma competição voraz entre as nações passou-se à busca de uma integração crescente, principalmente em âmbito regional. Passou a interessar o desenvolvimento de cada país nas áreas estratégicas em que são mais fortes e a buscar parcerias nas áreas onde não têm condições de desenvolvimento rápido.

O franchising, por sua vez, tem-se mostrado a maior evolução nos sistemas de distribuição nos últimos 30 anos em âmbito mundial, e também a estratégia mais bem sucedida de crescimento para negócios de sucesso. Além disso, é uma das maneiras mais eficientes de transferir tecnologia, eficiência e *know-how* entre países.

“A internacionalização do franchising é motivada pela busca de novos mercados, que podem significar a descoberta de nichos com menor competição e maior rentabilidade; aumento de capacidade competitiva; expansão da marca, aumentando o valor social desta, em termos pecuniários, através do reconhecimento internacional e, principalmente, prevenção contra a entrada de concorrentes: a invasão de franqueadores estrangeiros no Brasil, por exemplo, já é uma realidade e pudemos testemunhar de perto a força que os conceitos e as marcas estrangeiras têm no país.”²⁴

Não obstante, há barreiras econômicas, políticas, culturais e mercadológicas aos franqueadores interessados na expansão internacional. A remessa de lucros têm sido um dos grandes entraves ao investimento estrangeiro.

O Brasil é um dos poucos países que desenvolveram o sistema de franchising sobre negócios locais de sucesso, isto é, importou o sistema em primeiro lugar e não os negócios franqueados.

²⁴ MAURO, Paulo César. Guia do Franqueador. Pg. 178.

Decidida a expansão da rede para o exterior, por onde começar? Há cinco estratégias principais para se iniciar, em nível internacional, um bom negócio:

- a) estabelecimento de um master franqueado;
- b) *joint venture*;
- c) licenciamento;
- d) investimento direto; e
- e) exportação.

Quando o franqueador se expande internacionalmente, em geral é utilizada a franquia master, em que é cedido o direito de implantação e operação de unidades em determinado território. Essas unidades poderão ser implantadas pelo franqueado master diretamente (unidades próprias) ou por terceiros. Assim, o franqueado master poderá sub-franquear unidades individuais (quando é cedido o direito de implantação e operação de uma unidade específica, em determinado local exclusivo) ou regionais (quando é cedido o direito de implantação e operação do número de unidades que uma determinada região comporta), buscando a alternativa que melhor se adequar ao tamanho e complexidade de seu território. A maior vantagem para o franqueador é se expandir rápido internacionalmente. A maior dificuldade é o investimento inicial que terá de fazer para preparar essa expansão e o custo de captação de franqueado(s) master, que é alto. Terá também de se estruturar para dar o suporte adequado ao franqueado master, em países distantes e bem diferentes do seu. Outras desvantagens da franquia master são: criar um nível a mais de renda na estrutura, perder o controle sobre a rede e a concentração de um território inteiro na mão de um franqueado master.

Destarte, o franqueado master, que poderá ser um indivíduo, uma pequena empresa, ou uma grande incorporação, não importa, e que assume o papel de subfranqueador, fica, geralmente, com até 50% dos pagamentos de royalties que recebe, mandando os outros 50% para a operação central, e com 100% da taxa de publicidade, para ser empregada local ou nacionalmente. Seja como for, o master, como subfranqueador que é, tem que estar estruturado para cumprir sua missão como se fosse o próprio franqueador.

Infelizmente, já tivemos, aqui no Brasil, alguns casos isolados de franqueadores estrangeiros que não se achavam devidamente estruturados para bem desempenhar sua função no país, escolhendo masters brasileiros, igualmente sem qualquer estrutura, interessados,

apenas, na venda de franquias, como um fim em si mesmo, abiscoitando 50% das polpudas taxas de ingresso que poderiam variar de US\$ 10.000,00 a US\$ 100.000,00 cada uma.

Isto é o que confirma FELIZARDO BARROSO²⁵, ao falar de um caso ocorrido em terras brasileiras:

“inobstante a previsão legal do artigo 9º Da lei de franquias, que equipara o subfranqueador ao franqueador, determinado franqueador estrangeiro, para expandir sua franquia no Brasil, escolheu empresa brasileira sem a mínima condição de bem desempenhar seu papel – eis que estava deixando seus franqueados à deriva, pois não se havia estruturado convenientemente para ser subfranqueador. Pois bem, essa empresa brasileira não teve ao menos a capacidade de detectar que seria impossível, como o foi efetivamente, cumprir as metas que lhe estavam sendo impostas pelo contrato de master que firmou, limitando-se a vender franquias brasileiras, locupletando-se com 50% das taxas respectivas. Comprovando que sua idéia não era outra senão a de vender franquias, chegou a oferecer a sua condição de master para um dos subfranqueados, mediante o recebimento de US\$ 200.000,00, a título de pagamento de seus pseudo-direitos sobre a marca estrangeira e ressarcimento de pretensas despesas feitas para chegar onde chegou. Além disso, já havia conseguido firmar contrato com outra franqueadora estrangeira, ou seja, trocava uma marca por outra, cuja exploração deveria ser nos moldes da anterior. Ademais, para demonstrar quais eram suas verdadeiras intenções, quando lhe era solicitada, por algum candidato à subfranquia no Brasil, a documentação relativa a ligação entre o master brasileiro e o franqueador estrangeiro – ou seja, o Contrato de Master – este simplesmente não era exibido, sob a alegação de segredo de negócio.

À época, o INPI, havia estabelecido no seu Ato Normativo n.º 115/93 que aos pedidos de averbação de Contratos de Franquia fossem juntados documentos que demonstrassem que o franqueador exercia atividades semelhantes à execução de franquia *em seu país de origem*. A ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual -, batalhava contra tal exigência, pois, além de não encontrar qualquer respaldo legal, não assegurava, por si só, um desempenho eficaz futuro em nosso país. Ademais, inibia-se iniciativas pioneiras, reforçando-se apenas a noção errônea de que o Brasil deveria estar sempre a reboque das tendências internacionais ou, pior ainda, de que as empresas que realizassem empreendimentos novos atuariam, sempre, de maneira pouco séria, o que não é verdade. Enfim. Acabou o INPI alterando a redação daquele artigo, suprimindo a expressão “*em seu país de origem*” e acrescentando: “*se ache estruturado a franquear no país*”, sendo esta nova exigência suficiente para coibir práticas como a descrita acima, por franqueados master desestruturados.

Com a promulgação da lei n. 8.383 de 31/12/91, eliminou-se um outro problema, que durante anos impôs restrição às empresas estrangeiras com subsidiárias no Brasil. Antes desta promulgação, as matrizes se viam impedidas de receber qualquer remuneração pelas marcas e patentes licenciadas e, de certa forma, também pela tecnologia fornecida a sua empresa

²⁵ Op. cit., pg. 103

brasileira. “Com o advento desta lei, passaram a ser dedutíveis, para fins de apuração do lucro real, os royalties pelo uso de patentes e marcas e a remuneração por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, pagos pela subsidiária brasileira à pessoa domiciliada no exterior que mantivesse, direta ou indiretamente, o controle de seu capital, com direito a voto, observado o registro de ter sido o respectivo contrato assinado, averbado pelo INPI²⁶, e registrado no Banco Central do Brasil.”²⁷ Assim, passaram a ser permitidas as remessas de pagamento, pelo licenciamento de marcas ou patentes, a serem feitas pela subsidiária estabelecida no Brasil a sua controladora no exterior.

2.1.5 - Franchising e Internet

Algumas das medidas de prevenção sugeridas no item anterior, por Paulo César Mauro, merecem algumas considerações. É o caso da implantação de excelente sistema de comunicação que, nos dias de hoje, depende de uma boa rede interna informatizada (Intranet) e contatos via internet. Sim, porque, sendo o franchising em si próprio uma rede, saltam aos olhos as vantagens e mesmo a necessidade de a franquia empresarial utilizar-se da internet, ou mais precisamente, da intranet, em seu funcionamento restrito a determinada cadeia.

De fato, temos assistido, com fascinação e uma certa preocupação, a amplitude das atividades que ocorrem através da internet. A discussão sobre propaganda na internet, por exemplo, é um dos debates mais acalorados nos EUA e Europa, ultimamente.

Mas a comunicação via internet possui um dilema no sentido de garantir que a total liberdade pública no uso da internet esteja sendo assegurada, ao mesmo tempo em que os direitos privados estejam sendo respeitados. Inobstante, enquanto não se consegue regular, na exata medida o uso desse bem universal, a internet vai sendo usada em muitas atividades como no franchising, por exemplo, “quer como simples meio de comunicação eficaz entre os membros de determinada rede, garantindo-se-lhes a atualização diária, se for o caso, dos

²⁶ Sobre o registro do contrato de franquia no INPI e suas consequências jurídicas, ver item “d) Franquia, Marcas e Patentes” abaixo, neste mesmo capítulo.

²⁷ BARROSO, L. Felizardo. Franchising e Direito. Pg. 90

dados que estarão sendo transmitidos diuturnamente, quer como recurso publicitário para se captar novos franqueados, ou mesmo o próprio público consumidor dos bens e serviços comercializados pela rede.²⁸»

O *e-mail*, ou correio eletrônico, também facilita a comunicação entre o franqueador e seus franqueados, e entre os próprios franqueados, pois, através dele, é possível, por exemplo, o envio e recebimento de mensagens, circulares, alterações de manuais de operações e, até mesmo, criação de listas de discussão sobre determinado assunto.

As associações de franchising possuem suas *home-pages* que contém informações sobre o instituto do franchising, as leis que o regem, os números que o expressam, além de informações sobre serviços que a própria associação presta a seus associados. Igualmente, os franqueadores também possuem suas *home-pages* através das quais divulgam sua franquia e seus produtos ou serviços. Estes últimos, podem ser adquiridos via internet diretamente de qualquer das lojas da cadeia.

As vantagens da utilização da internet no sistema de franquia são evidentes. Através dela, é possível a integração total entre os membros da cadeia com redução de custos, grande velocidade e agilidade de comunicação. É possível também realizar-se uma operação comercial complemente *on-line*, ou seja, uma compra pode ser efetuada diretamente na internet por determinado consumidor, passa pela baixa do estoque, sua solicitação de reposição, e contato com o parceiro comercial mais próximo, para entregar a mercadoria

Sob o aspecto jurídico, a pronta comunicação com os franqueados, por meio da intranet, traz reflexos bastante positivos, pois minimiza a ocorrência de conflitos provenientes de atritos em virtude de reivindicações não prontamente atendidas, por exemplo. Cobrado por *e-mail* por *n* franqueados, o franqueador terá melhores condições de fornecer um pronto atendimento, antes que as relações se deterioresem facilmente, com o que estarão sendo evitados processos inúteis e desgastantes que geralmente ocorrem com a demora na comunicação ao nível tradicional.

Concluí-se, seguindo a opinião de Barroso²⁹, que “a internet, considerada hoje como meio de comunicação que tem o menor custo em relação ao seu alcance, e o franchising,

²⁸ Op. Cit., pg. 184

²⁹ Op. Cit., pg. 186

portanto, têm tudo que ver um com o outro, preconizando-se uma convivência duradoura e salutar.”

2.2 – SITUAÇÕES LITIGIOSAS

2.2.1 – Responsabilidade Contratual

2.2.1.1 - Controle Externo do Franqueado, Responsabilidade do Franqueador por Atos do Franqueado e Proteção ao Consumidor

Quanto ao controle externo, especificadamente a propósito do franchising, o nosso vigente Código de Propriedade Industrial reconhece a possibilidade de o concedente do uso da marca ou do sinal de propaganda estipular o direito de “exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos artigos ou serviços” (art. 90). Assim sendo, há possibilidade de ocorrência de situações de autêntico controle externo do concedente (franqueador) sobre o concessionário (franqueado), gerando inevitáveis conseqüências no que tange ao regime de responsabilidade civil perante terceiros.

De fato, essa é a opinião de Jorge Lobo³⁰ que, em sua obra, cita o entendimento de Adalberto Simão Filho³¹ para quem “pode haver situações no exercício do franchising em que o franqueador passa a exercer controle tal sobre a atividade de suas franqueadas que culmine por inviabilizá-las economicamente ou, mais grave, passe a causar prejuízos a terceiros consumidores.”

Alguns contratos de franquia prevêm a possibilidade de controle das atividades fiscais, contábeis e financeiras do franqueado. Contudo, o fato de o franqueador, por força de contrato, ter meios para detectar na esfera contábil a situação econômica do franqueado não significa que o mesmo possa vir a ser responsabilizado solidariamente pelos negócios do

³⁰ Contrato de Franchising, pg. 51

³¹ Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais, pg. 125

franqueado. Porém, em caso de controle excessivo e nocivo esta responsabilidade deve ser apurada (por exemplo, “determinação por parte do franqueador que a contabilidade do franqueado deve obedecer padrão em que, efetivamente, se caracteriza ilícito fiscal; e o franqueado para não perder o negócio, concorde com o fato que, *a posteriori*, produza resultados drasticamente negativos diante do fisco, é evidente que o controle externo foi demasiado e nocivo.”³²). Assim, é inafastável o fato de que o franqueador, em alguns casos, deve responder civilmente em função de algum ato negativo ocorrido entre o franqueado e a clientela.

Por outro lado, o nosso Direito adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade, assim chamada teoria da responsabilidade subjetiva. Assim, a responsabilidade está fundada na culpa de quem causar prejuízo ou violar direito de outrem. Ora, sendo da essência do franchising, a autonomia do franqueado, para Paulo César Mauro³³ “parece difícil responsabilizar o franqueador pelos atos praticados pelo franqueado. A partir daí, conclui-se que a responsabilidade do franqueador está limitada aos termos do contrato celebrado entre as partes.” Nesse sentido, aquele que deixa de cumprir as obrigações previstas nas cláusulas contratuais, causando prejuízo ou dano a terceiros, é que deve responder civilmente, revertendo ou indenizando o respectivo dano.

Em outro aspecto, se o franchising é um instituto jurídico peculiar e sua estrutura reside na cessão, divulgação, comercialização e proteção de uma determinada marca, deve-se levar em conta que “o consumidor que se utiliza dos produtos ou serviços oferecidos pelo franqueado está, na realidade, se dirigindo ao sucesso de uma marca esperando o mesmo tratamento e qualidade oferecidos pelo franqueador. Parece-nos que nesse caso, não há como fugir da responsabilidade objetiva do franqueador por atos do franqueado.”³⁴ Mas, é de se raciocinar que, se houve descumprimento por parte do franqueado dos padrões exigidos contratualmente, e isso ficar provado, haverá nexo de causalidade entre a conduta do franqueado e o dano ocorrido, o que enseja o direito de regresso do franqueador, caso tenha sido responsabilizado anteriormente pelo dano ao consumidor.

³² Op. cit., pg. 126

³³ Guia do Franqueador. Pg. 120

³⁴ Idem

Não obstante, a superintendente jurídica do Procon, Dra. Mariangela Sarubbo³⁵, mostrou que a culpa poderia ser imputada a qualquer das partes e a todas juntas, e que havia uma tendência de se buscar a responsabilidade do mais forte (franqueador). Para Mauro, “existe o direito de regresso, mas ficou claro que na prática, entretanto, devemos temer a força protecionista de nossos tribunais em relação ao consumidor.”³⁶

Em matéria de responsabilidade perante terceiros, diversas questões surgem para os que se dediquem ao tema, tais como: 1) quem responde: o franqueador, o franqueado, ou ambos? 2) responsabilidade é objetiva ou subjetiva? 3) Quando há erro nas especificações do produto ou serviço, quem responde? 4) Quem responde por propaganda enganosa?

Há diversas situações em que o franqueado não passa, na verdade, de um revendedor de produtos inventados, fabricados e distribuídos pelo franqueador. São as franquias de produto, como é o caso do Boticário, por exemplo. Neste caso, se um dos produtos vier a causar danos a terceiros, em virtude de defeitos decorrentes de projeto, fabricação, montagem, etc., bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização, responde exclusivamente o franqueador, independente de existência de culpa (responsabilidade objetiva), conforme artigo 12 do CDC.

Entretanto, se tratar-se de uma franquia formatada (*Business Format Franchise*), também responde exclusivamente, o franqueado, independente de existência de culpa, nos moldes do mesmo artigo 12 do CDC. É que, lembremos, na franquia de negócio formatado, o franqueador transfere as técnicas industriais e/ou métodos de administração e comercialização anteriormente por ele desenvolvidos, cedendo ao franqueado a marca e um conjunto de direitos de propriedade incorpórea, para este operar sob sua supervisão e assessoria técnica na fabricação e/ou revenda de seus produtos ou serviços, em troca de remuneração financeira.

Observe-se, porém que, no artigo 34, no propósito de proteger o lesado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a solidariedade passiva do fornecedor ou seus representantes. Para Jorge Lobo, “na falta de norma expressa que alcance o franchising, parece possível, através de interpretação analógica, estender-se o disposto no artigo 34, para abranger também a franquia comercial, responsabilizando-se, solidariamente, franqueador e franqueado, mesmo

³⁵ Op. cit., 121

³⁶ Idem

quando só este, ou aquele, haja atuado em detrimento do consumidor.”³⁷ Simão Filho³⁸, também compartilha desta posição e nos diz que o fundamento está no artigo 159 e 1518 do C. Civil, ou seja, se houver mais de um autor na ofensa, responde solidariamente, para efeitos de reparação, em detrimento do artigo 896 do mesmo diploma que menciona que a solidariedade não se presume, sendo resultante da lei ou da vontade das partes.

Além disso, Lobo entende que “a responsabilidade, tanto do franqueador, quanto do franqueado, será sempre objetiva pelo risco criado, não tendo, por conseguinte, a vítima de provar a culpa do causador do dano, mas apenas a ação, o nexo causal e o resultado danoso.”³⁹

Vê-se portanto, que este assunto é bastante polemico e capaz de gerar muitas controvérsias, tanto que não há uma posição majoritária em termos de doutrina e jurisprudência.

2.2.1.2 - Proteção ao franqueado

Tendo em vista que o franqueador detém a marca e os métodos operacionais, os quais cede a seus franqueados, numa relação de parceria, eventualmente, pode haver desvantagem do franqueado como parte menos forte na relação que se formou para o empreendimento. Neste sentido, vislumbra-se a necessidade de criação de uma associação de franqueados, de determinada classe, referente à rede que compõem, que possa cuidar do interesse de seus associados junto aos franqueadores como forma de coibir abusos e fortalecer a relação de parceria existente.

Outra forma de se obter o mesmo desiderato é a criação de um conselho de franqueados, medida já sugerida por Paulo César Mauro, embora deva ser, segundo ele, uma medida de iniciativa do próprio franqueador, e também sugerida por Adalberto Simão Filho, não obstante seu entendimento de que tal medida se deva consolidar por iniciativa dos próprios franqueados. De acordo com este último, “o conselho deliberaria em nome do grupo

³⁷ Op. cit., pg. 42

³⁸ Op. cit., pg. 132

³⁹ Op. cit., pg. 43

como forma de se obter força reivindicatória e melhoria de relacionamento profissional, entre seus membros e o franqueador.”⁴⁰

Como já dito, Simão Filho entende ser de iniciativa dos franqueados a criação destes conselhos. Contudo, sugere que “o franqueador, como incentivo à iniciativa, pode oferecer determinada regalia ao franqueado que se propõe presidir o Conselho.”⁴¹ Isso significa que para ambos os autores há interesse do próprio franqueador na criação do conselho de franqueados, no sentido de intermediar as relações entre aquele e estes, buscando soluções entre os próprios participantes da relação de franquia.

2.2.2 - Franchising e questões trabalhistas

O artigo 2º da Lei 8.955/94 define a natureza jurídica da franquia empresarial, destacando em seu enunciado final a não caracterização de vínculo empregatício entre o franqueador e franqueado.

Inobstante, já houve demandas judiciais propostas cujo pedido redundava na declaração de vínculo empregatício entre os contratantes. FELIZARDO BARROSO⁴², cita, como exemplo, o caso da franquia *Amor Perfeito*, para o qual apresentou parecer ao ensejo de defesa, culminando pela obtenção de sentença favorável. “A tese das franqueadas é a de que o contrato firmado entre as partes, não importando sua denominação jurídica franquia, concessão ou distribuição, mascarava uma legítima relação de emprego, baseada no elemento subordinação.” Entretanto, os principais argumentos utilizados pela defesa (que levaram ao julgamento improcedente da ação trabalhista) foram de que, as reclamantes não poderiam ser consideradas empregadas, pois ao montarem suas lojas, assumiram todo o risco do empreendimento, responsabilizando-se por todas as despesas de pessoal e de manutenção do estabelecimento. O fato da reclamada ter fiscalizado a atuação das reclamantes, ou da firma individual destas, resultou do próprio contrato de franquia, pois há responsabilidade quanto à

⁴⁰ Op. cit., pg. 128

⁴¹ Idem

⁴² Op. cit., pg. 112

Marca e o nome do franqueador. Além do mais, todas as técnicas de gerenciamento devem seguir o padrão da marca para a mais fácil identificação do consumidor.

Inobstante neste caso o juízo monocrático ter reconhecido na franquia seu caráter de negócio *sui generis* característico e independente, que prevê o relacionamento, sem subordinação entre dois ou mais comerciantes em busca de uma realização profissional e empresarial, já houve sentenças desconstitutivas da relação efetivamente existente entre franqueador e franqueado, para substituir tal relação pelo vínculo empregatício. Na esfera internacional, por exemplo, registram-se alguns casos de procedência das demandas trabalhistas. No Canadá, o Conselho Trabalhista de Ontário, reconheceu determinado franqueado como empregado de seu franqueador.

2.2.3 - Tratamento Tributário

Os aspectos tributários que regem o franchising estão inseridos em diversas leis, pareceres, atos normativos, regulamentos e normas, pois a lei especial de franquias pouco se ocupou do assunto.

No franchising, a fonte geradora de tributos por excelência são os royalties e, de acordo com o Código Tributário Nacional, o fato gerador é o fato ou situação de conteúdo econômico, tipificado na lei tributária como indicio de capacidade contributiva, que gera a obrigação tributária. Assim, a lei n.º 3.740 de 28 de novembro de 1958, define royalties como “a soma das quantias devidas pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante”. Os contratos de franquia se baseiam exatamente nestes elementos que são essenciais a sua existência e pressupõem pagamento pelo franqueado ao franqueador por: uso da marca de indústria, comércio ou serviços; uso do nome comercial; uso de patentes de modo geral. Portanto, cabe ao franqueado pagar ao franqueador, por tudo isso, uma taxa inicial de ingresso no sistema e pagamentos mensais lastreados no faturamento, ou seja, royalties.

Antigamente, os royalties só eram assim considerados quando pagos a entidades estrangeiras, mas hoje este entendimento generalizou-se e o critério insere-se nos atos entre nacionais e entre nacionais e estrangeiros.

Sendo fato que denota capacidade contributiva, há interesse do Estado em policiar tais atividades a fim de obter receitas mediante tributação. Mas a principal questão é se tais despesas (royalties) são ou não dedutíveis do Imposto sobre a Renda. Segundo a opinião de JORGE PEREIRA ANDRADE⁴³, “a fonte primordial para o entendimento sobre esta matéria foi o Parecer Normativo CST n.º 143/75 que determina o que são royalties.” Em decorrência do parecer citado, alguns elementos que constituem o contrato de franquia não são considerados royalties: custos ou despesa operacional; custos de publicidade; organização ou métodos de vendas; despesas de assistência técnica; despesas administrativas. Desse modo, o franqueado paga ao franqueador royalties pelo uso da marca ou serviços prestados. No entanto, a Receita Federal, seguindo o parecer acima, não permite que o franqueado deduza como despesa operacional os royalties pagos ao franqueador, ou quando permite, condiciona a dedução ao registro do franchising no INPI.

Está previsto no Regulamento de Imposto de Renda (RIR/1994) que “a dedutibilidade das importâncias pagas ou creditadas pelas pessoas jurídicas a título de aluguéis ou royalties pela exploração ou cessão de marcas, (...) somente será admitida a partir da averbação do respectivo ato ou contrato no INPI...”.

Por outro lado, interessante o parecer de FELIZARDO BARROSO⁴⁴ ao comentar o projeto de lei que antecedeu a atual lei de franquias. Segundo ele, “A lei de franquia aprovada, que se sustentava no tripé contrato escrito, COF e possibilidade de o franqueado abater como despesas operacionais o que viesse a pagar ao seu franqueador, teve seu último alicerce cortado pelo Ex.mo. Sr. Presidente da República, quando vetou o art. 5º, que a previa expressamente. Todavia, as próprias razões do veto terminaram por assegurar de modo explícito esta dedutibilidade, já que afirma estar ela albergada pela legislação do imposto de renda, sendo, portanto, desnecessária a menção expressa à dedutibilidade integral e ilimitada dos pagamentos feitos pelo franqueado ao seu franqueador.” Destarte, a matéria de dedutibilidade deverá ser regida pelo artigo 71 da Lei n.º 4.506/64.

Outra questão, diz respeito ao Fisco Municipal, atento ao Imposto Sobre Serviços, que incidiria sobre a atividade das franqueadoras, isto é, sobre a concessão de novas unidades, e também, sobre o agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia. As

⁴³ Contratos de Franquia e Leasing, pg. 31

⁴⁴ Op cit., pg. 130.

autoridades tributárias municipais querem entender que as outorgas de franquias representariam uma modalidade de locação de bens moveis, constituídos pela marca e pelo *know-how* transferidos aos franqueados, situação que ensejaria a incidência do Imposto. Trata-se, na verdade, de uma equiparação jamais admitida em âmbito tributário. Ademais, falta menção expressa e taxativa em termos de lei federal, autorizatória da cobrança de tal tributo. A jurisprudência, ocupando-se da questão, vem decidindo pela não incidência do Imposto. É o caso do acórdão do Colendo STJ, cuja ementa é a seguinte:

“TRIBUTÁRIO – ISS – CONTRATO DE FRANQUIA – D.L.406/68 – LEI N.º 8.955/94 – PRECEDENTES. Não sendo o contrato de franquia uma simples prestação de serviço, mas de natureza complexa, não consta no rol das atividades especificadas pela Lei 8.955/94, para fins de tributação do ISS. Em obediência ao princípio tributário que proíbe a determinação de qualquer tipo de fato gerador sem apoio em lei, não incide o ISS sobre as atividades específicas do contrato de franquia. Recurso especial não conhecido.” (STJ - RECURSO ESPECIAL; n.º 189225/01; SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 04/09/2001 Relator(a) FRANCISCO PEÇANHA MARTINS)

Há mais decisões semelhantes a esta. Entretanto, a tendência jurisprudencial não deve servir de orientação para, precipitadamente, deixar de pagar o imposto que, eventualmente, venha sendo cobrado.

2.2.4 - Direito falimentar

2.2.4.1- Insolvabilidade do franqueador

O estado de insolvência momentânea que eventualmente pode se dar com o franqueador leva-lo-á ao recurso do benefício de concordata preventiva, a fim de evitar desastrosa quebra. Neste caso, estará sujeito aos efeitos típicos de tal instituto, ou seja, se submeterá às restrições impostas pela Lei de Falências. Isso significa que o franqueador terá o mesmo tratamento que as demais empresas que porventura sejam albergadas pela concordata. Entretanto, a situação pode agravar-se sobremaneira caso haja recusa da concessão do benefício em tela, pelo juízo. Isso pode levar a uma quebra generalizada de toda a rede, ou

seja, além do franqueador, toda a cadeia de franqueados. Por isso, Simão Filho, sugere que ao empresário franqueador “dar estrito cumprimento ao artigo 159 da Lei de Falências.”⁴⁵

Um dos argumentos imprescindíveis ao requerimento da concordata preventiva é o da geração de empregos indiretos gerados pelo franqueador e o nível de interdependência das empresas, que devem sensibilizar o juízo. Contudo, a situação não deve ser compreendida apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelos próprios franqueados que ao rescindir os contratos de franquia, dada a situação periclitante ou descumprimento de alguma obrigação contratual, levarão a empresa franqueadora a ter dificuldade para conseguir cumprir os compromissos assumidos na concordata, e poderá significar não só a sua quebra, mas também do restante da rede. Neste ponto, deve haver compreensão entre os parceiros do negócio para que todos possam superar a crise financeira. Além disso, os franqueados podem, inclusive, injetar capital na empresa para salvaguarda dos seus próprios negócios. Isso poderia ser feito direta ou indiretamente. Uma das maneiras indiretas seria a aquisição dos créditos, junto ao seus detentores, por meio de cessão de crédito.

2.2.4.2 - Insolvência do franqueador

Caso haja a definitiva quebra da empresa franqueadora, sendo sua falência declarada mediante sentença, deve haver muita cautela por parte do juízo, no sentido de se permitir a continuação dos negócios da empresa sob administração do síndico, como autorizado pela Lei de Falências.

Outra solução é a tentativa de concordata suspensiva, atendendo o disposto no artigo 177 do Decreto-Lei n.º 7.661/45 (Lei de Falências), obrigando-se a pagar 35% da dívida à vista aos credores quirografários ou 50% dentro de dois anos.

Tanto na solução de continuação dos negócios, quanto da concordata suspensiva, os franqueados, caso se interessem, poderão contribuir para que o franqueador saia do estado falimentar.

⁴⁵ Op. cit., pg. 120

2.2.4.3 - Insolvabilidade do franqueado

Atualmente, a maior parte dos contratos de franchising celebrados possui cláusula de rescisão automática em caso de concordata preventiva pleiteada pelo franqueado. Se isso vier a ocorrer com um dos franqueados, significaria a imediata quebra da franqueada que, “não mais gozando do prestígio da marca que sustentava, nem dos benefícios advindos do pacote de franquia que havia adquirido, fatalmente acabaria no ostracismo do comércio, sem condições sequer de cumprir seus compromissos imediatos e, conseqüentemente, a concordata pleiteada por direito.”⁴⁶

Considerando que o franqueado, só exerce sua atividade mercantil por força do contrato celebrado com o franqueador, que dirige quase que totalmente sua atividade comercial. Ademais, o benefício da concordata é legítimo e justo direito do comerciante honesto, previsto em lei. Destarte, se o franqueador tomar a iniciativa de rescindir o contrato conforme a cláusula citada, é de se considerar viável o franqueado pleitear ao Judiciário a possibilidade de manutenção do contrato.

Outro fato que não deve ensejar rescisão automática do contrato reside na situação de que o franqueado veja-se obrigado ao recurso da concordata, justamente porque o franqueador deixou de cumprir com suas obrigações contratuais. É indubitável a injustiça da rescisão automática neste caso.

2.2.4.4 - Insolvência do franqueado

Embora tenham sido apresentadas algumas alternativas para salvar o franqueador da ruína econômica, em prol do fim social das empresas envolvidas, “no tocante à insolvência do franqueado pouco se pode tentar para o reerguimento da empresa, pois o contrato de franquia estaria fatalmente rescindido. Somente o interesse do franqueador, ou dos demais franqueados no ponto-de venda da empresa, poderia justificar a injeção do capital necessário.”⁴⁷ Quanto à

⁴⁶ Op. cit., pg. 122

⁴⁷ Op. cit., pg. 123

concordata suspensiva, só surtiria efeitos se o franqueador concordasse em reatar seus laços contratuais, mesmo provisoriamente.

Uma medida que poderia evitar o infortúnio do franqueado, seria a formação de um fundo de assistência financeira aos franqueados. Algumas empresas nos EUA já praticam a cobrança de taxas para contribuição a este fundo. Além disso, o próprio franqueador poderia prestar assistência financeira ao franqueado, condicionado a posterior reembolso. Esta é uma prática europeia que se coaduna com o verdadeiro espírito do instituto que requer reciprocidade e colaboração.

2.2.5 - Franchising e arbitragem

No Brasil, são poucas as sentenças que põem fim à relação entre franqueador e franqueado; a maioria dos processos têm terminado por acordo antes da decisão final.

Ainda pouco usada no Brasil, a mediação de disputas por meio de arbitragem é uma das formas mais utilizadas no exterior para resolver os problemas. A arbitragem permite maior velocidade e menor custo do que o processo judicial, ainda mais no Brasil, onde a justiça leva anos para julgar um processo. Além disso, o árbitro normalmente é alguém que conhece o sistema de franchising com maior profundidade.

O instituto da arbitragem é uma forma acessória para resolução de controvérsias sobre direitos disponíveis e “talvez seja a melhor forma de solucionar conflitos que advém da inter-relação franqueador-franqueado, justamente em função das características do *franchise* em que prima a relação de parceria e estrita colaboração entre os mesmos.”⁴⁸

Como a arbitragem passou a ser disciplinada no ordenamento jurídico pátrio, para a utilização deste instituto sugerido, torna-se necessário que o contrato de franquia possua cláusula compromissória que se consubstancia em um contrato preliminar para a realização de compromisso futuro da resolução de pendência ou litígios por meio de árbitros. Neste sentido, a cláusula compromissória poderá reportar-se às regras de algum órgão arbitral às quais balizarão os trabalhos periciais e, ainda, todos os elementos instituidores da arbitragem. Seria

⁴⁸ FILHO. A. Simão. Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais, pg., 81

prevista também a forma de indenização ou penalização para a parte que resolvesse não se submeter ao juízo arbitral, justamente em decorrência de infração à obrigação de fazer.

Quanto à instalação do juízo arbitral, é escolhido pelas partes o árbitro que porá fim à controvérsia. Como já dito, têm sido submetidas, por vontade dos participantes, à Associação Brasileira de Franchising, a maioria dos conflitos entre franqueador e franqueado.

“A comissão de Ética da Associação Brasileira de Franchising, funcionando como um Tribunal Arbitral Informal, tem posto fim à maioria das desavenças entre franqueador e franqueado em seu nascedouro.”⁴⁹

“O delicado relacionamento entre franqueador e franqueado pode produzir pendengas dramáticas, mas conflitos menos graves são mais comuns. A Comissão de ética da ABF intermedia um conflito a cada mês, segundo seu presidente, Paulo Antunes.”⁵⁰ Quando não consegue acordo entre as partes, encaminha os casos para a Câmara Arbitral, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, ao qual é conveniada há um ano. Quando o franqueador associado da ABF comprovadamente prejudica os franqueados por incompetência ou má-fé, ele é excluído da entidade.

⁴⁹ BARROSO, Luiz Felizardo. Franchising e Direito. Pg. 64

⁵⁰ DEMARCHI, Célia. Fuja das Armadilhas das Franquias. In: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios. pg. 74

CONCLUSÃO

O Futuro Do Franchising

Gostemos ou não, a globalização prevista por futurólogos na década passada realmente vem ocorrendo. Vemos hoje a internacionalização da economia mundial tornando-se um movimento cada vez mais acelerado. Para acompanhar este ritmo é necessário e imperativo a utilização do sistema de Franquia Formatada para internacionalização das marcas mundiais.

A economia brasileira, para se desenvolver necessita de transferência de *know-how* de franchising. Para ilustrar isso, basta verificar que a estratégia de distribuição e comercialização das grandes marcas ou produtos internacionalmente conhecidos vêm adotando o sistema de franquias, que se espalha pelo mundo, padronizando pelo alto a qualidade de vida, até nos países de economia centralizada. Os exemplos mais significativos dessa estratégia são: McDonald's e Coca-Cola no Japão e na Rússia; a comida japonesa e chinesa nos EUA e Brasil, bem como as grifes francesas Pierre Cardin, Calvin Klein, a alemã Hugo Boss entre outras, no bloco asiático, americano e no Brasil.

A concessão de uso de marca pura e simplesmente tende a evoluir para o sistema *Business Format Franchising*, por necessidade de controle de qualidade dos produtos e serviços, como também para garantir o sucesso do licenciado no campo de negócios. A mesma evolução vem experimentando o *Traditional Franchising* dos postos de gasolina e a Franquia de industrialização dos engarrafadores de refrigerantes ou bebidas alcoólicas.

Especialistas prevêem que, em poucos anos, a franquia responderá por 50% de todas as vendas do varejo, sendo o sucesso do sistema devido à demanda do consumidor por mais conveniência e qualidade, e qualquer serviço imaginável ou negócio independente poderá ser absorvido pelo franchising. Na verdade, basta olhar ao redor para perceber o crescimento desse fenômeno. Os restaurantes *fast-food*, os bares temáticos, as casas de

recreação e de entretenimento, as agências de viagens e os serviços automotivos e de computação – embora dependendo de maior especialização – poderão crescer enormemente por meio do franchising, ainda nesta década.

E esse extraordinário crescimento sinaliza a necessidade de obtenção de maiores conhecimentos acerca do funcionamento do próprio sistema, tendo em vista, a posição que já ocupa o franchising nos sistemas empresariais.

Assim sendo, a criação do Conselho de Franqueados, que institucionaliza o diálogo entre eles e seu franqueador, como forma de incremento da gestão participativa da rede, será sempre preferível às associações isoladas de franqueados. Para FELIZARDO BARROSO, “a absorção de certas técnicas de marketing de rede para a motivação dos franqueados, será uma maneira eficiente de estimular mesmo aqueles que estejam de certa forma, desanimados com algum aspecto do negócio.”¹ E conclui que, no futuro, “haverá necessidade de um treinamento sofisticado e de uma atualização contínua por parte dos franqueados, para colocá-los em dia com as técnicas do desenvolvimento tecnológico de obsolescência vertiginosa, sobretudo com respeito às redes que partirem para a internacionalização.”² Aliás, a internacionalização, como comentado acima, é uma tendência inexorável deste milênio, por parte das empresas, que se expandirão além das fronteiras de seu país de origem, por meio do franchising.

Enfim, com todo este desenvolvimento do sistema de franchising, cabe a nós, profissionais do Direito, nos prepararmos para essa enxurrada de franquias que está por vir. Inegavelmente, advogados, juristas, consultores, etc. terão um papel decisivo para o sucesso dessa expansão mercantil, cujo veículo é o franchising.

¹ BARROSO, L. Felizardo. *Franchising e Direito*, pg. 199

² *idem*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de Franquia e Leasing**. São Paulo: Atlas, 1993.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e direito: contrato, circular de oferta, manuais operacionais, comentários à lei n. 8.955/94**. São Paulo: Atlas, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 1993.

DEMARCHI, Célia. **Fuja das Armadilhas das Franquias**. In: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios, São Paulo: Editora Globo, N.º 161, ano XIV, p. 67, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996

GOMES, Orlando. **Contratos**. Forense, 1981.

LEITE, Roberto Cintra. **Franchising na Criação de Novos Negócios**. São Paulo: Atlas, 1990.

LOBO, Jorge. **Contrato de “Franchising”**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 542 p.

MAURO, Paulo Cesar. **Guia do franqueador: como crescer através do franchising**. São Paulo: Nobel, 1994.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos Jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 1997. 2ª Edição.

SIMÕES, Kátia. **Ansiedade nos Correios**. In: Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios, São Paulo: Editora Globo, N.º 161, ano XIV, p. 76, 2002.